

Prisão temporária e "fermo": estudo comparativo

ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES
Procurador de Justiça — SP

SUMÁRIO: 1. A importância do estudo comparativo. 2. O "fermo": noções. 3. A natureza jurídica do "fermo". 4. A colocação do "fermo" no Código de Processo Penal. 5. O artigo 13 da Constituição e os casos de "fermo" no CPP. 6. A prisão temporária: noções. 7. A disciplina da prisão temporária na Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989. 8. Requisitos da prisão temporária. 9. A prisão temporária na Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. 10. Aspectos especiais da Lei n.º 7.960. 11. Resumo comparativo entre a prisão temporária no Brasil e o "fermo" na Itália.

1. A importância do estudo comparativo

A prisão temporária, admitida no Brasil inicialmente pela Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e tratada depois pelo art. 2.º, § 3.º, da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, já existe na Itália há mais tempo com o nome de **fermo di indiziati di reato**, mantido pelo recente Código de Processo Penal apesar das críticas a ele endereçadas, mormente porque, como será visto, pode ser imposto em determinadas circunstâncias pela autoridade policial.⁽¹⁾ Por isso, é importante realizar um confronto entre os dois institutos, iniciando-se pelo "fermo", que, por ser mais antigo, já foi objeto de maiores estudos.

2. O "fermo": noções

O **fermo di indiziati di reato**, assim como outras medidas cautelares pessoais previstas no ordenamento jurídico italiano, deve ser examinado através de três diplomas jurídicos: Constituição Federal, Lei Delegada e Código de Processo Penal.

(1) D'AMBROSIO, in "Commento al nuovo codice di procedura penale", v. IV, pág. 399 e nota, diz que se cuida de medida sempre vista como fonte de arbítrios por parte da polícia, citando vários autores que cuidaram do "fermo di polizia".

Interessa primeiramente o art. 13 da Constituição italiana assim enunciado:
"A liberdade pessoal é inviolável.

Não se admite forma alguma de detenção, de inspeção ou de busca pessoal, nem qualquer outra restrição à liberdade pessoal senão por ato fundamentado da autoridade judicial, nos casos e nos termos da lei.

Em casos excepcionais de necessidade e urgência, taxativamente indicados na lei, a autoridade de segurança poderá adotar providências provisórias, que devem ser comunicadas dentro de quarenta e oito horas à autoridade judicial e, se esta não as validar nas quarenta e oito horas seguintes, considerar-se-ão revogadas e destituídas de efeito".

Importam ainda as regras de n.º 32 e 34 da Lei Delegada.⁽²⁾ Consta da primeira que: além dos casos de flagrante, é poder-dever da polícia judiciária prender e do Ministério Público resolver sobre o **fermo** em relação àquele contra quem há fortes indícios de prática de delitos graves, quando há fundado perigo de fuga; obrigação da polícia judiciária de colocar à disposição do Ministério Público, o mais rápido, e dentro de vinte e quatro horas do **fermo**, as pessoas presas. Consigna a regra 34: a obrigação do Ministério Público de determinar a imediata liberação do preso quando não subsistam as condições legais para o **fermo**; a faculdade do Ministério Público de interrogar o preso, com o direito do defensor de assistir ao interrogatório; obrigação do Ministério Público de pôr à disposição do juiz, para a decisão sobre a convalidação, o preso dentro de quarenta e oito horas do **fermo**; obrigação do juiz de decidir nas sucessivas quarenta e oito horas, ouvido o preso, sobre a convalidação ou não do **fermo** e sobre sua eventual conversão em uma outra medida coercitiva prevista; garantia de assistência de advogado no juízo de convalidação.

O **fermo** foi tratado nos artigos 384 a 391 do atual Código de Processo Penal italiano. Estão estes artigos incluídos no título V (arts. 379 a 391), que cuida não somente do **fermo**, como também do **arresto in flagranza** obrigatório (art. 380) e facultativo (art. 381), que correspondem em linhas gerais à prisão em flagrante prevista no Brasil. Cuida-se de título inserido no Livro V, denominado: **Indagini preliminari e udienza preliminare**.⁽³⁾

O artigo 384, que prevê o **fermo di indiziati di reato**, repetiu a regra de n.º 32 da Lei Delegada na parte em que enunciou o seguinte preceito: "além dos casos de flagrante, é poder-dever da polícia judiciária prender e do Ministério Público resolver sobre o **fermo** contra quem há fortes indícios da prática de delitos graves quando há fundado perigo de fuga". Especificou então o mencionado artigo quais são os delitos que permitem o **fermo**: aqueles para os quais a lei preveja a pena de **ergástulo** (art. 22 do CP) ou de **reclusão** (art. 23 do CP) não inferior no mínimo a dois anos e superior no máximo a seis anos ou crime concernente a armas de guerra e explosivos (Lei n.º 895/1967, art. 1.º; Lei n.º 497/1974, arts. 9-14; Lei n.º 110/1975, art. 10).

Cabe ao Ministério Público, órgão encarregado de dirigir as investigações, determinar a prisão. Admite-se que a polícia judiciária possa impô-la, quando o

(2) Tanto em Portugal como na Itália foi usado interessante sistema para edição dos novos Códigos de Processo Penal: foram promulgadas leis delegadas que autorizaram o Governo a elaborar e aprovar o novo Código, mas enunciam as regras e os princípios a serem observados.

(3) Há outras espécies de **fermo** no CPP italiano e leis especiais. Ver a respeito estudo de LORIS D'AMBROSIO, op.cit., nota n.º 1 pág. 398.

Ministério Público ainda não assumiu a direção das investigações (parte segunda, do art. 384) e também nos seguintes casos:

— emergência decorrente de sucessivas identificações do indiciado (parte terceira, do art. 384);

— perigo de que o indiciado fuja e não seja possível, pela urgência, aguardar o provimento do Ministério Público (parte terceira, do art. 384).

Nessas hipóteses, a polícia tem o dever de dar imediata notícia da prisão ao Ministério Público.

O preso é colocado à disposição do Ministério Público o mais rápido possível, no máximo em um prazo de vinte e quatro horas do **fermo**; encaminham-se-lhe ainda os autos que devem conter: o eventual nome do defensor de confiança; a indicação do dia, da hora e do lugar em que o **fermo** foi efetivado e a especificação das razões que o tenham determinado" (art. 386, n.º 3).

Dentro do mesmo tempo, o oficial ou agente de polícia judiciária deve encaminhar o preso à casa onde ficará segregado (art. 386, n.º 4). Cuidando-se de preso enfermo será custodiado em sua própria habitação ou em casa de saúde (art. 386, n.º 5).

A inobservância dos prazos fixados nas partes 3 e 4, do art. 386, torna ineficaz a medida constritiva.

Pode o preso indicar defensor de sua confiança (art. 386, 1); se não o fizer deve o Ministério Público nomear um (art. 386, 2).

A família do preso deve ser comunicada sem demora desde que haja consentimento do detido (art. 387, 1).

Tomará conhecimento da prisão o defensor de confiança ou outro nomeado (art. 386, 2).

É vedado o **fermo** em determinadas hipóteses (art. 385, parte 1), ou seja, quando pelas circunstâncias do fato tudo indica que foi cometido no cumprimento de um dever ou no exercício de uma legítima faculdade (arts. 50-54 do CP), ou, ainda, quando está presente uma causa de não punibilidade.

3. A natureza jurídica do "fermo"

Não há entre os doutrinadores italianos consenso a respeito da natureza jurídica do **fermo**. Fica, segundo Grevi, a meio caminho entre o **arresto in flagranza** (que corresponderia à prisão em flagrante) e a **cattura** (que se assemelha à prisão preventiva).⁽⁴⁾ Para D'Ambrosio é medida precautel, de caráter provisório e preprocesual.⁽⁵⁾ Não se cuida, consoante Del Pozzo, de um **tertium genus** entre o **arresto** e a **cattura**, nem se constitui precautela do **arresto**, sendo instituto híbrido, marcado por incertezas e incoerências.⁽⁶⁾ De qualquer forma, acentua-se que a evolução do instituto foi no sentido de só admiti-lo em casos taxativamente indicados pela lei, quando houvessem fortes indícios da prática de crime e fundado perigo de fuga,⁽⁷⁾ elementos que se referem respectivamente aos dois requisitos

(4) GREVI, op. cit., n.º 18.

(5) D'AMBROSIO, op. cit., pág. 347.

(6) DEL POZZO, Introduzione allo studio della libertà personale, págs. 61-2.

(7) Ver sobre a evolução histórica do **fermo**: GREVI, op. cit., n.º 18, e DEL POZZO, op. cit., n.º 4, e outros autores por eles citados.

essenciais de toda medida de natureza cautelar: o **fumus boni juris** e o **periculum in mora**.

4. A colocação do "fermo" no Código de Processo Penal

O **fermo** está tratado dentro do Código do Processo Penal no livro atinente às investigações preliminares, anteriores à instauração do processo. Consta da **Relazione** do Projeto Preliminar do CPP que essa solução, apesar de não obedecer a critérios de maior sistematização, pois tanto o **arresto in flagranza** como o **fermo** são medidas cautelares e assim podiam estar inseridas no Livro IV relativo às medidas cautelares, levou-se em conta que um e outro são medidas coercitivas típicas da fase das investigações preliminares. Nem por isso, contudo, deixou-se de ressaltar que o "poder-dever de **arresto** e **fermo** é ligado às exigências e critérios de discricionariedade vinculada e de adequação análogos àqueles das outras medidas cautelares pessoais".

D'Ambrosio diz que não é suficiente para "explicar a aparente falta de sistematização da colocação das normas sobre o **arresto** e o **fermo**, a genérica referência à circunstância de que se tratam de medidas coercitivas típicas da investigação preliminar". Justifica o autor a solução legislativa pela finalidade operativa destas duas medidas que mais se adequa à fase preliminar.⁽⁸⁾

5. O artigo 13 da Constituição e os casos de "fermo" no CPP

Como visto, o artigo 384 do Código de Processo Penal, na fixação dos crimes em que caberia o **fermo**, utilizou o critério de penas mínima e máxima, gerando dúvida se, com esse tratamento, estaria realmente em consonância com a norma do artigo 13 da Constituição, que exige indicação taxativa dos casos excepcionais em que se permite qualquer prisão cautelar.⁽⁹⁾

O mencionado artigo 384, no ponto ora examinado, revela inteira harmonia com outros dispositivos do Código de Processo Penal atinentes à prisão cautelar, alterando-se então o problema da constitucionalidade, que diria respeito não mais ao referido artigo mas ao próprio sistema do Código, fugindo assim ao âmbito estreito deste estudo.

Assim, o artigo 384 está em conformidade com o 274, I, b, que, ao especificar as exigências para imposição de medida cautelar de natureza pessoal quando há perigo de fuga (situação que também justifica o **fermo**), admite ser cabível quando a pena a ser imposta possa ser superior a dois anos de reclusão. O mesmo sucede com o 303 que utiliza o critério de pena máxima ao cuidar do tempo máximo de duração da prisão cautelar.

6. A prisão temporária: noções

No Brasil, a prisão temporária deve ser examinada à luz da Constituição Federal e das leis que a regulamentam.

Importa, inicialmente, ressaltar que, no sistema brasileiro, qualquer forma de prisão está inteiramente condicionada à observância do artigo 5.º, LXI, da Consti-

(8) D'AMBROSIO, op. cit., págs. 348-9.

(9) Ver antes do CPP dúvida exposta por GREVI, Libertà personale dell'imputato, in Enc. del. Dir. n.º 18.

tuição Federal, assim redigido: "ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

Não há contudo na Carta Magna norma expressa sobre os requisitos a serem preenchidos em caso de prisão durante o processo, consagrando ela somente o princípio genérico da presunção da inocência (art. 5.º, inciso LVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória"), o qual não impede a prisão, mas impõe que tenha natureza cautelar.⁽¹⁰⁾

A prisão temporária surgiu no País com a Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, resultante da conversão da Medida Provisória n.º 111, de 14 de novembro de 1989.

Mereceu severa crítica de Tourinho Filho, que a considerou: "odiosa", "arbitrária", "sem real necessidade", "severa", "de indisfarçável inconstitucionalidade", "retrocesso", "possível em face de meros indícios".⁽¹¹⁾

Considerando-se contudo que a prisão temporária só é decretada por Juiz de Direito, uma interpretação restritiva da Lei n.º 7.960 coloca-a como forma de prisão cautelar, que se justificaria, em determinados casos, ante a urgência de certas providências para a eficiência da investigação policial. Ademais, seria a legalização, com maiores garantias ao preso, da chamada "prisão para averiguações", que, apesar de não prevista no sistema vigente, vinha sendo realizada e não era objeto de viva contestação nos meios judiciários.

7. A disciplina da prisão temporária na Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989

Foi a Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, conforme já acentuado, que tratou primeiramente da prisão temporária, contendo os enunciados principais a respeito do tema.

A prisão será decretada pelo Juiz, caso defira pedido do Ministério Público ou representação da autoridade policial, ouvindo-se nesta hipótese antes o Promotor (art. 2.º). Não pode ser a determinada de ofício.

A decisão, a ser proferida em 24 horas, deve ser fundamentada (art. 2.º, I).

Salutar a regra do § 2.º, do art. 2.º, que permite ao Juiz, em qualquer momento durante o tempo da prisão temporária, de ofício ou a pedido do Ministério Público ou advogado, determinar a apresentação do preso, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial ou submetê-lo a exame de corpo de delito. Pode ainda ouvir o preso, tomando por termo suas declarações e adotando as providências que forem necessárias no caso concreto.

Outra medida de proteção é a do artigo 3.º que diz deverem os presos temporários ficar, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.

Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no artigo 5.º, da Constituição Federal, sendo de se destacar os previstos nos incisos

(10) Neste sentido ver ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, Presunção de inocência e prisão cautelar, Saraiva, 1991.

(11) TOURINHO FILHO, Processo penal, v. 3, págs. 348-352. Traz para justificar sua crítica a alteração na legislação francesa, que, através da Lei 17 de julho de 1970, só permitiu a prisão temporária se, após terem sido impostas determinadas obrigações, forem descumpridas pelo suspeito.

LXII: direito à comunicação imediata da prisão à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII: direito de permanecer calado e direito à assistência da família e advogado; LXIV: direito à identificação dos responsáveis pela sua prisão ou por seu interrogatório policial.

O tempo de prisão é de cinco (art. 2.º, § 7.º) ou de trinta dias (art. 2.º, § 3.º, da Lei n.º 8.072, de 25.07.90, que se refere aos crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo).⁽¹²⁾ Admite-se a prorrogação por igual período (cinco ou trinta) em casos de extrema e comprovada necessidade (art. 2.º, caput, da Lei n.º 7.960, de 21.12.89, e § 3.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072, de 25.07.90). A não liberação após o prazo implicará prática de crime de abuso de autoridade (art. 4.º, alínea i, da Lei n.º 4.898, de 9.12.65, acrescida pelo art. 4.º, da Lei n.º 7.960, de 21.12.89).

Pode o magistrado, antes de esgotado o prazo da prisão temporária, decretar a preventiva (art. 2.º, § 7.º).

Instituiu a lei o sistema de plantão permanente de vinte e quatro horas para o juiz e promotor (art. 5.º), necessário dado o caráter urgente da prisão temporária.

8. Requisitos da prisão temporária

No artigo 1.º estão elencados os requisitos necessários para a decretação da prisão temporária, que será cabível quando:

- I — imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II — o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III — houver fundadas razões de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2.º);
 - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1.º e 2.º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1.º e 2.º);
 - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º);
 - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - i) epidemia com resultado morte (art. 267, § 1.º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285);
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio (arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei n.º 2.889, de 1.º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

(12) Ver item n.º 9 a respeito dos crimes passíveis de prisão temporária na Lei n.º 8.072, de 25.07.90.

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976); e
o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986).

A má redação do referido artigo pode levar, em caso de interpretações meramente literais, a tal amplitude da prisão temporária que seria impossível aceitá-la no sistema jurídico brasileiro e admitir a sua constitucionalidade.

Assim, não é possível exegese no sentido de que basta o preenchimento de um só dos requisitos dos três incisos para a prisão temporária. Seria, com esse entendimento, cabível com fundamento exclusivo no n.º I, do art. 1.º, para "qualquer infração penal, mesmo quando se tratar de contravenção penal"⁽¹³⁾, ou para a "prisão não só do indiciado, como de qualquer pessoa (uma testemunha, por exemplo)"⁽¹⁴⁾. Mais ainda, bastaria que alguém não tivesse residência fixa e em qualquer infração penal poderia ser preso, com base no inciso II, do art. 1.º.

É mister outra leitura desse artigo 1.º, que não perca de vista a natureza cautelar de toda prisão antecipada, ou, pelo menos, que em face do parágrafo 7.º, do artigo 2.º, da Lei n.º 7.960, considere a prisão temporária medida precautelar, admitida como antecipação de provável preventiva a ser imposta.

Nesse sentido, a prisão temporária só será aceita quanto existentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, sendo trabalho do intérprete revelar nos diversos incisos do artigo 1.º onde eles se manifestam. É certo que, dada a própria finalidade da prisão temporária, destinada essencialmente a permitir em curto prazo a colheita de prova de indícios ainda na fase investigatória, quando normalmente são poucos os dados de convicção obtidos, não será exigível, para sua imposição, sob pena de perder ela sua importância, o mesmo rigor cabível na decretação da preventiva.

O *fumus boni juris* está inserido no inciso III, que exige fundadas razões de autoria ou participação do indiciado em determinados crimes, nele elencados e também no art. 2.º, § 3.º, da Lei n.º 8.072, e não em qualquer infração penal. Essas fundadas razões serão aferidas diante de elementos concretos, objetivos, que permitam uma avaliação positiva do juiz a respeito da autoria ou participação do indiciado.

O *periculum in mora*, por outro lado, está presente nos dois incisos anteriores, sendo possíveis duas ilações a respeito.

Segundo a primeira, bastaria um dos dois incisos para justificar a prisão temporária. O inciso I, que prevê a prisão para o sucesso da investigação, justificaria a medida constritiva como forma de assegurar o resultado futuro do processo, ante o risco de não serem colhidos elementos importantes para a demonstração do crime ou autoria. O inciso II permitiria a prisão do indiciado, que não tem residência fixa ou não fornece elementos necessários para esclarecer sua identidade, porque, em caso de fuga e desaparecimento, dificilmente seria encontrado, com prejuízo para a futura instrução criminal ou com perigo de não ser aplicada a lei penal.

Em resumo, seria possível a medida constritiva quando, presente o requisito do inciso III, estivesse ele acompanhado de um dos requisitos previstos nos incisos I e II.

Segunda interpretação, mais restritiva, também é possível: a prisão cautelar só seria cabível quando, além do inciso III, estivessem presentes os requisitos dos

(13) TOURINHO FILHO, Processo Penal, v. 4, pág. 352.

(14) MIRABETE, Processo Penal, pág. 375.

incisos I e II. Estes dois incisos permitiriam a prisão quando fosse imprescindível para a investigação, e, ainda, o indiciado não tivesse residência fixa, ou não fornecesse elementos para o esclarecimento de sua identidade, numa evidente possibilidade de fuga e desaparecimento.

Uma ou outra exegese coloca a prisão temporária dentro do âmbito da prisão cautelar, sendo ambas admissíveis.

9. A prisão temporária na Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990

Após ser a prisão temporária inserida no ordenamento jurídico, veio a ser referida pela Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, conhecida como lei dos crimes hediondos, em seu artigo 2.º, § 3.º: "A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade".

A comparação entre as Leis n.ºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 8.072, de 25 de julho de 1990, mostra que:

— a Lei n.º 8.072 refere o tráfico de entorpecentes e drogas afins de forma ampla (art. 2.º *caput*), abrangendo assim os artigos 12, 13 e 14, da Lei n.º 6.368/76⁽¹⁵⁾, enquanto a Lei n.º 7.960 menciona de forma expressa somente o artigo 12, da Lei Antitóxicos;

— a Lei n.º 8.072 menciona no artigo 2.º *caput* a prática de tortura⁽¹⁶⁾ e o terrorismo, não constantes do rol do artigo 1.º, III, da Lei n.º 8.072;

— A Lei n.º 8.072, ao relacionar os crimes hediondos, se por um lado restringe o rol dos delitos da Lei n.º 7.960, não prevendo por exemplo o homicídio e o roubo simples nela tratados, por outro o amplia, admitindo o crime tentado.

Seria cabível a prisão temporária somente nos crimes da Lei n.º 7.960, repetidos na Lei n.º 8.072? ou seria também admissível nos crimes novos mencionados na Lei n.º 8.072?

Possível, primeiramente, uma exegese restritiva: os crimes passíveis de prisão temporária seriam somente os da Lei n.º 7.960, pois a intenção do legislador, no § 3.º, do artigo 2.º, da Lei n.º 8.072, foi a de simplesmente elevar o prazo de prisão temporária para os crimes nela definidos, desde que também mencionados na Lei n.º 7.960.

Cabível, entretanto, outra interpretação, de vez que no referido parágrafo 3.º está escrito: "A prisão temporária ...nos crimes previstos neste artigo", ou seja, nos seguintes: os hediondos do artigo 1.º, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Todos estes delitos seriam portanto passíveis de prisão temporária e não somente os que também fossem previstos na Lei n.º 7.960.

Entre as duas análises, mais correta a segunda, ainda que mais ampliativa. Queira-se ou não o § 3.º, do artigo 2.º, fala de prisão temporária em relação a todos os crimes previstos no artigo 2.º, que não correspondem somente aos da Lei n.º

(15) Ver nosso artigo "Considerações sobre a Lei dos Crimes Hediondos", Revista dos Tribunais, v. 660, pág. 262.

(16) Ver sobre esse crime o nosso artigo já citado, nota 16.

7.960. Ademais, são ilícitos que foram pelo legislador constituinte considerados graves, tanto que deu a eles tratamento diferenciado, declarando-os inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (art. 5.º, XLIII).

10. Aspectos especiais da Lei n.º 7.960

No inciso II, do artigo 1.º, melhor seria que o legislador brasileiro tivesse, em vez de referir a falta de residência ou de dados para esclarecimento da identidade, que levam a supor provável fuga, mencionado expressamente o perigo de fuga como fez o legislador italiano (norma 32 da Lei Delegada e art. 384 do CPP).

Prevê o CPP italiano o **fermo per identificazioni** (art. 349, n.º 4)⁽¹⁷⁾, cuja finalidade é possibilitar que uma pessoa, inclusive a testemunha, venha a ser identificada. Cuida-se de instituto especial, em que há restrição por período muito curto à liberdade de locomoção, sem prisão, tão-somente pelo tempo necessário para que seja feita consulta aos órgãos de identificação (máximo de 12 horas). Não tem correspondência com o inciso II, do art. 1.º, da Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que permite a prisão temporária do indiciado quando não fornecer elementos para sua identificação, pois não está limitada ao tempo necessário para consulta aos órgãos de identificação ou para ser esclarecida a identidade do preso, e, ademais, não cabe também em relação à testemunha.

A referência nos incisos II e III a indiciado, que não corresponde ao mero suspeito⁽¹⁸⁾, mostra só ser possível a prisão de alguém quando a autoridade policial já disponha de elementos para formar juízo provável de autoria.

O sistema de plantão (art. 5.º) ocasionou mudança nas regras de competência definidas no Código de Processo Penal (arts. 75, parágrafo único e 83). Qualquer juiz da comarca poderá estar de plantão, mesmo que não atue na área criminal, vindo a impor a prisão temporária; assim, não há como aplicar-se à prisão temporária as normas dos artigos 75, parágrafo único, e 83, do CPP, no ponto em que tornam preventiva a competência do juiz que, durante a investigação, decretou qualquer medida cautelar para o julgamento da causa e para a imposição de preventiva. Assim, o juiz, com competência em matéria civil, não poderia, só pelo fato de ter resolvido sobre a prisão temporária quando estivesse em plantão, passar a ter competência em matéria criminal. O mesmo sucederia com aquele que, sendo competente somente para crimes de competência do Júri, viesse a determinar, por exemplo, a prisão temporária de pessoa indiciada por roubo; não se tornaria, só por isso, competente para julgar o delito de roubo.

11. Resumo comparativo entre a prisão temporária no Brasil e o "fermo" na Itália.

Dentro do objetivo inicial do trabalho, é feito abaixo resumo dos principais aspectos resultantes do confronto entre os institutos do **fermo** na Itália e da prisão temporária no Brasil, deixando-se de lado pontos específicos de uma ou outra legislação referidos neste estudo.

(17) Ver referência feita por D'Ambrosio, op. cit., pág. 398, nota 1.

(18) Ver a respeito do indiciamento e da diferença de situação entre o suspeito e o indiciado: Pitombo, O indiciamento como ato de polícia judiciária. In: Inquérito policial, Novas tendências, págs. 35-45.

1. Na Itália, o estudo do **fermo** deve ser feito a partir do Texto Constitucional e da Lei Delegada; no Brasil, a Constituição Federal não enuncia expressamente os requisitos de qualquer medida cautelar, mas a prisão temporária só pode ser interpretada a partir de princípios e regras nela inseridos que dizem respeito à prisão cautelar, tais como o da presunção de inocência e o da obrigatoriedade de mandado judicial.

2. Tanto na Itália como no Brasil, o **fermo** e a prisão temporária devem ser vistos como espécie de prisão cautelar ou medida precauteladora, só sendo cabíveis quando presentes os requisitos do **fumus boni juris** e do **periculum in mora**. Outra interpretação no Brasil dará elasticidade inadmissível à prisão temporária, com grande risco à liberdade individual.

3. Tanto na Itália como no Brasil, o **fermo** e a prisão temporária só são cabíveis em relação aos crimes expressamente fixados.

4. O **fermo** na Itália é imposto pelo Ministério Público e, em casos excepcionais, por autoridade policial, com convalidação posterior pelo juiz. No Brasil, por força de dispositivo constitucional, a prisão temporária só é cabível através de decisão judicial fundamentada.⁽¹⁹⁾

5. Tanto na Itália como no Brasil, o **fermo** e a prisão temporária devem ser comunicados à família do preso, admitindo-se assistência de advogado. Na Itália, de maneira mais expressa, é garantida a defesa por defensor constituído ou nomeado.

6. Tanto na Itália como no Brasil, o tempo de prisão temporária é limitado, tendo havido, contudo, no caso dos crimes hediondos e outros definidos na Lei n.º 8.072, de 25.07.90, excessivo aumento do período da prisão temporária, que pode atingir até sessenta dias quando houver prorrogação, em total dissonância com o caráter de premência e provisoriedade da medida.

7. Tanto na Itália como no Brasil, estabelecem-se garantias ao preso, visando proteger a sua incolumidade física ou assegurar-lhe local especial ou diferenciado para sua permanência durante o tempo de prisão.

Bibliografia:

D'AMBROSIO, Loris — Arresto in flagranza e fermo. In: Commento al Nuovo Codice di Procedura Penale. Coordenação de Mario Chiavario. Turim, UTET, 1990, v. IV, tít. VI, págs. 345-455.

DEL POZZO, Carlo Umberto — Introduzione allo studio della libertà personale nel processo. Milão, Giuffrè, 1959.

FERNANDES, Antonio Scarance — Considerações sobre a Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990 — Crimes Hediondos. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 66, págs. 263-266.

GREVI, Vittorio — Libertà personale dell'imputato. Enciclopedia del diritto. Giuffrè, v. XXIV, 1974, n. 18, págs. 354-357.

(19) Esse é o grande ponto diferencial entre a prisão temporária e o **fermo**, que mais aproxima a primeira das outras medidas cautelares, também sujeitas à decisão judicial.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio — Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo, Saraiva, 1991.

MIRABETE, Júlio Fabbrini — Prisão temporária. In: Processo penal, São Paulo, Atlas, 1991, n. 10.4, págs. 374-378.

PITOMBO, Sérgio M. Moraes — O indiciamento como ato de polícia judiciária. In: Inquérito policial. Novas Tendências. Belém, CEJUP, 1.^a ed., 2.^a tiragem, 1987, págs. 37-45.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa — Prisão temporária. In: Processo penal, 12a. ed., São Paulo, Saraiva, 1990, v.3, cap. 45, n.º 13, págs. 348-352.